

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Studi hukum di Indonesia bisa diibaratkan seperti penari randai; terlihat bergerak tetapi sesungguhnya berjalan di tempat. Hal ini menunjukkan bahwa paradigma yang digunakan dalam studi hukum saat ini, yaitu paradigma positivisme tidak pernah mengalami apa yang disebut oleh Thomas Samuel Kuhn sebagai "*Anomaly*".¹ Paradigma tersebut terus bertahan sebagai "*Normally Science*" dari generasi ke generasi. Paradigma positivisme itu dianggap tetap relevan digunakan, dan tidak pernah kehilangan relevansinya dalam menghadapi goncangan-goncangan yang terjadi. Positivisme adalah anak kandung dari epistemologi modern yang dirintis oleh Rene Descartes dan Isaac Newton.² Dua sarjana jenius ini adalah sebagai tulang punggung dinamika modernisme.

¹ Thomas Samuel Kuhn mempercayai bahwa Paradigma diuji untuk mampu mengatasi anomali. Beberapa anomali masih dapat diatasi dalam sebuah paradigma. Namun demikian ketika banyak anomali anomali yang mengganggu yang mengancam matrik disiplin, maka paradigma tidak bisa dipertahankan lagi. Ketika sebuah paradigma tidak bisa dipertahankan maka para ilmuwan bisa berpindah ke paradigma baru. Ketika itulah Paradigma dikatakan mengalami pergeseran yang disebut masa revolusioner. Lihat dalam Satjipto Rahardjo, "*Hukum Progresif: Hukum yang Membebaskan. Jurnal Hukum Progresif*". Program Doktor Ilmu Hukum Univ. Diponegoro, Vol. 1/No. 1/April 2005. hal. 16

² Fritjof Capra menjelaskan bagaimana paradigma Cartesian-Newtonian menguasai perkembangan ilmu pengetahuan mulai dari biologi yang kebanyakan menerapkan biologi mekanistik seperti William Harvey, menerapkan sistem mekanistik pada sistem peredaran darah dalam pengertian anatomi dan hidrolik. Teori Evolusi Darwin adalah pengokoh paradigma Cartesian, meski teori ini tidak sesuai dengan gambaran Newton, sampai kepada Neo-

Di dalam paradigma ini, para pelaku hukum menempatkan diri mereka dengan cara berpikir dan pemahaman hukum secara legalistik positivis berbasis peraturan (*rule bound*) yang memisahkan antara *Das Sollen* dengan *Das Sein*³ sehingga tidak akan mampu menangkap kebenaran yang hakiki. Dalam ilmu hukum yang legalistik positivis, hukum sebagai sebuah struktur pranata yang sangat kompleks telah direduksi menjadi sesuatu yang sederhana, linier, mekanistik, dan deterministik. Hal ini dikarenakan "*Legisme*"⁴ yang identik dengan undang-undang perintah penguasa (*law is command from the lawgivers*)⁵ tersebut melihat dunia hukum murni dari

Darwinisme, seperti Richard Dawkins. Setelah itu semua ilmu-ilmu alam seperti astronomi, fisika, kimia, selanjutnya ilmu-ilmu sosial kemanusiaan pun ikut terpengaruh oleh paradigma ini. Misalnya, muncul sosiologi yang dibangun oleh tokoh positivisme August Comte, yang kemudian oleh Emile Durkheim paradigma ini lebih disistematisasikan. Paradigma ini menguasai pula psikologi, misalnya dalam pemikiran Sigmund Freud. Pendek kata paradigma Cartesian Newtonian menguasai hampir seluruh perkembangan ilmu pengetahuan Modern. Lihat Anthon. F. Susanto, *Ilmu Hukum Non Sistematis : Fondasi Filsafat Pengembangan Ilmu Hukum Indonesia*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2010 hal 66-67

³ Darji Darmodihardjo dan Sidharta berpendapat, positivisme hukum (aliran hukum positif) memandang perlu memisahkan secara tegas antara hukum dan moral (antara hukum yang berlaku dan hukum yang seharusnya, antara *Das Sein* dan *Das Sollen*), Lihat Darji Darmodihardjo dan Sidharta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum: Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, Gramedia, Jakarta, 2004, hal. 113. Pengertian lain misalnya dapat dijelaskan sebagai berikut: positivisme hukum adalah aliran pemikiran yang di dalam yurisprudensi yang membahas konsep hukum secara eksklusif. Kata eksklusif diturunkan dalam bahasa latin *exclusivus* yang artinya tidak menampung atau memuat hal lain. Jika hukum dan moralitas memiliki otonomi yang eksklusif berarti masing-masing memiliki ruang dan lingkungannya sendiri-sendiri, dan masing-masing tidak berhubungan antara satu sama dengan yang lain. Lihat E. Sumaryono, *Etika Hukum, Relevansi Teori Hukum Kodrat Thomas Aquinas*, Kanisius, Yogyakarta, 2002, hal 183

⁴ Pemikiran hukum ini berkembang semenjak abad pertengahan dan telah banyak berpengaruh di berbagai negara, tidak terkecuali di Indonesia. Aliran ini mengidentikkan hukum dengan undang-undang. Tidak ada hukum diluar undang-undang. Satu-satunya sumber hukum adalah undang-undang. Di Jerman pandangan ini banyak dianut dan dipertahankan oleh misalnya Paul Laband, Jellinek, Rudolf Von Jhering, Hans Kelsen dll. Di negeri Inggris berkembang dalam bentuk yang agak lain yang kita kenal dengan Analytical Jurisprudence yang dipelopori oleh John Austin. Lihat Lili Easjidi dan Ira Rasjidi, *Dasar-dasar Filsafat dan Teori Hukum*, hal 56

⁵ Ada 2 (dua) buku John Austin yang terkenal yakni "*The Province of Jurisprudence Determined*" dan "*Lectures on Jurisprudence*". Buku kedua berisikan kuliah-kuliah Austin semasa hidup tentang Jurisprudence. Tentang hukum, Austin berkata dalam buku kumpulan kuliah tersebut sebagai

teleskop perundang-undangan belaka. Tidak ada hukum melainkan bersumber dari undang-undang sedangkan nilai-nilai moral dan norma di luar undang-undang hanya dapat diakui apabila dimungkinkan oleh undang-undang.⁶ Hal tersebut artinya implementasi kehidupan ber hukum yang didasarkan pada pola teori paradigma positivisme, adalah bebas dari anasir-anasir nilai-nilai moral (non yuridis) dalam masyarakat.⁷

Berangkat dari pengaruh dimensi peradapan modern,⁸ dan warisan sistem Eropa Kontinental, hukum Indonesia tumbuh dan berkembang dalam ranah positivisme. Positivisme yang membuat norma selalu mengkristal di ranah *Das Sollen* tidak dapat menyesuaikan dengan perubahan *Das Sein* yang selalu mengikuti dinamika perubahan sosial yang terus terjadi, sehingga

berikut : *Law is command of the Lawgiver*, dalam arti bahwa perintah dari mereka yang memegang kekuasaan tertinggi atau dari sang pemegang kedaulatan. Ibid hal 58

⁶ Di Indonesia sendiri pengaruh pemikiran Legisme itu sangat jelas dapat dibaca pada pasal 15 *Algemene Bepalingen van Wetgeving* yang antara lain berbunyi (dalam bahasa Indonesia) : "Terkecuali penyimpangan-penyimpangan yang ditentukan bagi orang-orang Indonesia dan mereka dipersamakan dengan orang-orang Indonesia, maka kebiasaan bukanlah hukum kecuali jika undang-undang menentukannya". Lihat Op.Cit hal.57

⁷ Mahzab positivisme merupakan sebagai sumber utama yang menyebabkan hukum itu diperlakukan secara otonom dan terpisah dari kaitannya dengan proses-proses lain. Mahzab positivisme ini memang mempunyai sejarahnya sendiri, karena ia muncul sebagai reaksi terhadap mahzab hukum alam atau naturalisme. Berbeda dengan mahzab naturalisme yang memusatkan perhatiannya kepada masalah keadilan yang abstrak, maka positivisme mengutarakan masalah ketertiban dan ketepatan. Dengan demikian, mereka didorong untuk membatasi perhatiannya terhadap objek yang jelas dan pasti. Lihat Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barakatullah, *Filsafat, Teori, dan Ilmu hukum: Pemikiran Menuju Masyarakat yang Berkeadilan dan Bermartabat*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2014, hal 195

⁸ Paradigma *Cartesian-Newtonian* ini merupakan paradigma peradapan modern yang telah menyatu (*built-in*) dengan berbagai sistem dan dimensi kehidupan modern, baik dalam kegiatan wacana ilmiah maupun dalam kehidupan sosial budaya sehari-hari. Kita dapat menyebutnya sebagai kesadaran kolektif (*collective consciousness*). Hegemoni paradigma ini terhadap pandangan dunia manusia modern terkait erat dengan kenyataan sejarah, bahwa peradapan modern memang dibangun atas dasar ontologi, kosmologi, epistemologi, dan metodologi yang dicanangkan oleh dua tokoh penggerak modernisme yaitu *Rene Descartes* dan *Isaac Newton*. Lihat Anthon F.Susanto, *Dekonstruksi Hukum: Eksplorasi Teks dan Model Pembacaan*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2010, hal 25

semakin kita mempelajari keteraturan (hukum), kita justru akan menemukan sebuah ketidakteraturan (*Teaching order finding disorder*).⁹ Dalam kebekuan semacam ini mau tidak mau kita harus segera mencari “sesuatu yang lebih cair” atau mencairkan kebekuan tersebut dengan cara mengkonsepsikan, menjabarkan dan menerapkan suatu konsep dan “cara berhukum” yang berhati nurani, konsep berhukum yang membebaskan, bukan hukum yang bersumber pada dogmatis tekstualisme tirani dan kekuasaan semata. Suatu cara berhukum yang diwujudkan dalam konsep berhukum ideal berbasis progresif untuk menghindari kekacauan-kekacauan hukum yang timbul dari hegemoni sporadis paradigma positivisme.

Dengan menampilkan hukum sebagai institusi sosial,¹⁰ merupakan keinginan untuk menangkap serta memahami ilmu hukum secara lebih utuh. Berawal dari itu, muncul sebuah tawaran paradigma holistik¹¹ yang secara bersamaan juga menjadi bagian yang tak terpisahkan dari gagasan hukum

⁹ Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, Jakarta, Penerbit Buku Kompas, 2006, hal viii

¹⁰ Sebagaimana dikatakan hukum sebagai institusi sosial, adalah upaya untuk mengidentifikasi dan mengamati hukum lebih dari pada suatu sistem peraturan belaka, melainkan juga bagaimana ia menjalankan fungsi-fungsi sosial dalam dan untuk masyarakat, seperti mengintegrasikan perilaku dan kepentingan para anggota masyarakat, dalam pemahaman hukum sebagai institusi sosial itu, dibicarakan juga hubungan hukum dengan kekuasaan dan lain-lain. Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, ctk.Kelima, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000, hal 117.

¹¹ Paradigma dalam bahasa inggris *paradigm*, berasal dari bahasa Yunani *paradieigma* yang terdiri dari dua suku kata *para* dan *deykani*. Suku kata *para* berarti disamping, disebelah. Sedangkan, *deykani* artinya memperlihatkan, maksudnya model contoh, erketipe, ideal. Secara harfiah paradigma sering cara pandang maupun dasar konseptual. Satjipto Rahardjo, *Op.,Cil*, hal x. Paradigma dapat juga diartikan sebagai kesatuan gagasan dari suatu masyarakat sains tertentu, dalam kurun waktu tertentu yang dipegang teguh secara komitmen oleh masyarakat. Lili Rasjidi & I. B. Wyasa Putra, *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, ctk. Kedua, Mandar Maju, Bandung, 2003, hal 106.

progresif. Dengan kata lain paradigma holistik “model tersatuan” Wilson mempunyai karakteristik, pertama; *interkoneksitas* sebagai antitesa dari *reduksionisme-mekanistik*, kedua, *probabilisme* sebagai jawaban dari kelumpuhan *determinisme*, dan ketiga, *kontekstualisme* sebagai antitesa dari *objektivisme* pada paradigma Cartesian-Newtonian yang menjadi landasan berfikir paham positivisme hukum. Landasan filosofis hukum ini adalah bahwa hukum hadir untuk menebarkan kebaikan, kesejahteraan, keadilan, dan kedamaian bagi kepentingan manusia.

Hukum Progresif yang menganggap hukum sebagai sebuah institusi yang dinamis menolak segala anggapan bahwa institusi hukum sebagai institusi yang telah final dan mutlak, sebaliknya hukum progresif percaya bahwa institusi hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi (*law as a process, law in the making*). Dalam konteks yang demikian itu, hukum akan tampak selalu bergerak, berubah, mengikuti dinamika kehidupan manusia baik itu melalui perubahan undang-undang maupun pada kultur hukumnya.

Dasar filosofi dari hukum progresif ialah hukum sebagai suatu institusi yang bertujuan mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia. Hukum progresif berangkat dari asumsi dasar bahwa hukum adalah untuk manusia, dan bukan sebaliknya. Berdasarkan hal itu, maka kehadiran hukum bukan untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas, yaitu; untuk harga diri manusia, kebahagiaan,

kesejahteraan, dan kemuliaan manusia.¹² Pernyataan bahwa hukum adalah untuk manusia, dalam artian hukum hanyalah sebagai “alat” untuk mencapai kehidupan yang adil, sejahtera dan bahagia, bagi manusia.

Orientasi hukum progresif bertumpu pada aspek peraturan dan perilaku (*rules and behavior*). Apabila kita sepakat menempatkan aspek perilaku berada di atas aspek peraturan, dengan demikian faktor manusia dan kemanusiaan inilah yang mempunyai unsur “greget” seperti *compassion* (perasaan haru), *empathy*, *sincerety* (ketulusan), *dedication*, *commitment* (tanggung jawab), *dare* (keberanian) dan *determination* (kebulatan tekad).

Penelitian ini diilhami oleh sebuah “Karya Besar” yang ditulis oleh Khudzaifah Dimyati yang tak lain adalah Disertasi beliau sendiri yang berjudul TEORISASI HUKUM: Studi Tentang Perkembangan Pemikiran Hukum Di Indonesia 1945-1990. Dalam halaman pengantarnya, Satjipto Rahardjo memuji keberanian dari penulis untuk menjelajahi (meng-*explore*) sesuatu yang hampir belum disentuh para akademisi kita, yaitu eksplorasi kekayaan pemikiran para intelektual Indonesia sendiri. Perjuangan mereka sangatlah luar biasa untuk mengubah substansi dan budaya hukum Indonesia agar dapat menjadi aktualisasi dari karakteristik budaya hukum Indonesia. Sayangnya

¹² Faisal, *Menggagas Pembaharuan Hukum Melalui Studi Hukum Kritis*, Jurnal Ultimatum, Edisi II. September 2008, STIHIBLAM, Jakarta, hal. 17.

kesemuanya itu tetap belum bisa lepas atau masih juga berada dalam pengaruh hegemoni paradigma *Cartesian-Newtonian*.¹³

Buku kedua yang mengusik dan banyak memberikan gambaran serta referensi bagi penulis adalah Karya Besar yang ditulis oleh Anthon F. Susanto, yang berjudul Ilmu Hukum Non Sistematis Pondasi Filsafat Pengembangan Ilmu Hukum Indonesia. Perbedaannya di dalam buku tersebut disajikan dua teori hukum sebagai solusi dalam mengatasi hegemoni Cartesian – Newtonian yakni dua model pembacaan yang sangat relevan yaitu model pembacaan menurut pemikiran teori *chaos* dalam hukum dan model pembacaan Hermeneutik Dekonstruksi, sedangkan berangkat dari teori yang sama (*disorder of law*) penulis lebih memilih untuk menggunakan konsep pemikiran hukum progresif yang dicetuskan oleh Satjipto Rahardjo.

¹³ Tipologi pemikiran pada periode 1945-1960, berusaha melepaskan diri kungkungan hukum Barat. Secara implisit menyiratkan pemikiran hukum pada periode ini, memiliki obsesi yang kuat untuk menciptakan hukum yang didasari oleh pemikiran hukum yang dijiwai oleh budaya hukum Indonesia. Akan tetapi, di sisi lain dari argumen-argumen pemikiran hukum tampak, bahwa pada akhirnya juga harus mengakomodasi aliran-aliran hukum modern yang berkembang di dunia, dengan idiom-idiom dan terminologi Barat. Refleksi pemikiran pada periode ini, pada dasarnya melaksanakan upaya signifikan terhadap pemikiran dan orientasi hukum yang menekankan manifestasi substansial dari nilai-nilai budaya Indonesia. Para pemikir hukum menyadari, bahwa eksistensi dan artikulasi nilai-nilai hukum adat yang digali dari khasanah budaya hukum Indonesia yang intrinsik, lebih penting dan sangat memadai untuk mengembangkan pemikiran hukum agar mendapatkan perlakuan yang sama dengan hukum modern yang dikembangkan di negara-negara lain. Pemikiran hukum periode 1960-1970, memperlihatkan suatu karakteristik pemikiran yang mengutamakan peneguhan pada asas-asas yang ketat pada format-format postulat hukum. Fokus pemikirannya tentang hukum lebih diorientasikan pada realitas yang berkembang pada jamannya. Meskipun pemikir pada periode ini gagasannya di dasarkan pada tradisi pemikiran Barat, akan tetapi pada saat yang sama mereka berupaya mengkonseptualisasikan dan mentransformasikan kerangka pemikiran Barat ke dalam realitas Indonesia, baik secara normatif maupun empiris. Pemikiran hukum pada periode tahun 1970-1990-an, dapat dipandang sebagai pemikiran yang bersifat transformatif. Artinya, pemikir transformatif bukan hanya menyentuh aspek-aspek normatif dan doktrinal semata-mata, melainkan berusaha mentransformasikan secara kritis fenomena-fenomena hukum dari arah empiris yang dikonstruksikan ke dalam tataran teoritik filosofis. Lihat Khudzaifah Dimiyati, *Teorisasi Hukum: Studi Tentang Perkembangan Pemikiran Hukum Di Indonesia 1945-1990*, Surakarta, Muhammadiyah University, 2010, hal viii

Pada penelitian ilmiah terdahulu mengenai dinamika dan dialektika teori hukum di Indonesia telah banyak membahas mengenai pergulatan hukum untuk menggeser paradigma positivistik menuju suatu model pemikiran hukum yang lebih membawa keadilan. Usaha-usaha untuk meletakkan kristalisasi Hukum Progresif ke dalam *das Sollen* paradigma positivistik hukum Indonesia telah berulang kali dilakukan; bahkan beberapa praktisi telah berani melakukan terobosan tersebut dalam beberapa putusannya.¹⁴

Dalam penulisan kali ini penulis ingin melihat dimana sebenarnya letak kekacauan paradigma positivistik dilihat dari konstruksi epistemologis yang membentuknya serta mencoba menawarkan konsep hukum ideal berbasis progresif dengan meneropong teori-teori yang menjadi dasar pembangunan Hukum Progresif agar kelak dapat dijadikan sebagai usaha pencerahan dan pembebasan cara berhukum.

¹⁴ Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi tertanggal 14 November 2008 kasus Pilkada Jawa Timur pasangan Calon Gubernur Jawa Timur, Khofifah Indar Parawansa-Mudjiono (Kaji) melawan pasangan calon gubernur terpilih, Soekarwo dan Saifullah Yusuf (Karsa). Berdasarkan ketentuan undang-undang, kewenangan MK dalam mengadili perkara sengketa pemilukada tak lebih dari pengadilan angka. MK tidak boleh memerintahkan diselenggarakannya pemilu ulang atau memerintahkan pemungutan suara ulang. Sebab, pemilu ulang atau pemungutan suara ulang itu hanya boleh dilakukan oleh dan atas perintah KPU apabila terjadi bencana atau huru-hara sosial atau keadaan tertentu lainnya. Tetapi MK kemudian membuat terobosan dengan melanggar ketentuan undang-undang dengan alasan ketentuan tersebut tidak memberi jaminan keadilan karena dalam praktiknya sering diakali dengan berbagai cara. Dalam kasus Perselisihan Hasil Pemilu Kepala Daerah Jawa Timur, untuk pertama kalinya MK membuat putusan yang menyatakan bahwa pemilu di sejumlah tempat di Jawa Timur dan Madura itu harus diulang. Terobosan yang dilakukan MK tersebut bertujuan untuk membangun keadilan substantif. Artinya, apa yang dibangun di MK bukan kebenaran hukum tertulis semata, melainkan keadilan. Dalam batas-batas tertentu, hukum dan keadilan memang berbeda. Hukum adalah alat untuk menegakkan keadilan, sedangkan keadilan belum tentu sama dengan hukum. Hukum menghendaki kesamaan rumusan abstrak sedangkan keadilan, dalam banyak hal menghendaki perbedaan penerapan dalam kasus-kasus konkret. Lihat Moh. Mahfud MD, *Inilah Hukum Progresif Indonesia, dalam Dekonstruksi dan Gerakan Pemikiran Hukum Progresif, (Konsorsium Hukum Progresif)*, Semarang, Thafa Media, 2013, hal 3-4

Pada penelitian terdahulu yang dimuat dalam beberapa jurnal ilmiah hukum, telah menetapkan beberapa asumsi-asumsi dan konkretisasi yang muncul dari subjek penelitian, yang menggambarkan corak hukum yang berlaku di Indonesia mulai dari tahun 1945 sampai sekitar era tahun 90-an dimana dominasi paradigma hukum yang mempengaruhinya sangat kental dengan kepentingan penguasa pada masa itu sampai dengan pergulatan para tokoh intelektualisme Indonesia yang berjuang untuk memasukkan norma-norma hidup (*living law*) yang merupakan butir-butir kearifan lokal budaya Indonesia menjadi norma positif dalam ranah positivisme. Beberapa diantaranya adalah membebaskan positivisme ke ranah progresif melalui perluasan penafsiran teks yang dilakukan para pemutus hukum (hakim) dalam mengadili perkara-perkara yang apabila diterapkan aturan positif yang berlaku akan sangat menimbulkan ketidakadilan dikarenakan ketersediaan norma yang ada sama sekali tidak tepat digunakan untuk memutus realitas yang terjadi; sehingga hakim berdasarkan kewenangan yang dimiliki harus mampu untuk melakukan perluasan tekstualisme yang ada guna mewujudkan keadilan substantif yang membawa kebahagiaan.

Menggambarkan bagaimana corak hukum yang berlaku di Indonesia sangat dipengaruhi oleh karakteristik positivisme hukum yang merupakan corak hukum modern sehingga hukum tidak lagi menyatu dengan kehidupan masyarakatnya. Hukum tidak lagi merupakan institusi yang utuh.

Ketidakutuhan tersebut sesekali dibuktikan oleh ketidakpuasan terhadap cara-cara hukum menyelesaikan persoalan.

Berangkat dari fenomena tersebut, seharusnya penegakan hukum di Indonesia tidak lagi berhadapan dengan *legal positivistik* tetapi harus berani bertindak secara progresif, yang bukan saja di bidang struktur, substansi maupun kultur, tetapi harus secara menyeluruh. Berangkat dari kristalisasi penelitian di atas, penulis akan masuk lebih dalam lagi untuk membongkar dan melihat bahwa *chaos* yang ditimbulkan oleh paradigma positivistik hukum adalah berhubungan dengan karakteristik yang dipunyainya. Dari sana bisa dilihat bahwa kekacauan yang ditimbulkan dari karakteristik paradigma tersebut adalah terletak pada konstruksi epistemologisnya.

Penulis akan menunjukkan pengaruh paradigma awal dan dimana letak kekacauan konstruksi epistemologis yang menyebabkan paradigma tersebut menimbulkan banyak kegoncangan, serta karakteristik seperti apa yang menyebabkan kekacauan tersebut; akan menjadi jawaban pada perumusan masalah yang pertama. Bahwa Anthon F.Susanto pada bukunya Ilmu Hukum Non Sistematis : Fondasi Filsafat Pengembangan Ilmu Hukum Indonesia, telah menawarkan solusi bagi masalah ini dengan memperkenalkan ilmu hukum Non-sistematisnya. Dia menggunakan teori hermeneutika (penafsiran) dekonstruksi teks untuk keluar dari kungkungan positivisme ini.

Berangkat dari teori yang sama mengenai ketidakaturan hukum (*disorder of law*), penulis mencoba menawarkan konsep hukum ideal berbasis

pemikiran hukum progresif beserta teori-teori yang membangunnya dimana diharapkan hal tersebut minimal akan menjadi pertimbangan untuk menggunakan cara ber hukum yang lebih bijaksana daripada harus terus tersandera dalam tembok prosedural positivisme yang hal tersebut akan selalu menimbulkan kekacauan-kekacauan baru yang membawa ketidakadilan.

B. Perumusan Masalah

1. Apa yang menjadi penyebab kekacauan filosofis pemikiran hukum yang bercorak positivistik?
2. Bagaimana gambaran sebuah konsep ber hukum ideal yang berbasis progresif?

C. Tujuan Penelitian

Adapun tujuan penulis dalam penelitian ini adalah untuk :

1. Menjelaskan hal-hal yang menjadi penyebab kekacauan pemikiran hukum yang bercorak positivistik.
2. Menjelaskan gambaran sebuah konsep ber hukum ideal yang berbasis progresif.

D. Manfaat Penelitian

1. Penelitian ini dapat memberikan sebuah kontribusi bagi pengembangan pemikiran ilmu hukum progresif di dalam dunia akademis yakni memasukkan nilai-nilai progresif berupa perilaku dan budaya penegakan hukum di Indonesia di dalam kurikulum perkuliahan.

2. Penelitian ini dapat menjadi parameter cara berperilaku para penegak hukum terutama Hakim baik dalam mengadili maupun menerapkan hukumnya.

E. Landasan Teori

Teori *Chaos/Legal Disorder* dapat dipergunakan untuk menganalisis kekacauan hukum yang diakibatkan oleh karakteristik paradigma modern positivisme. Teori Chaos menolak ide keteraturan dan kepastian yang melekat pada hukum positif, sebagaimana dipegang teguh oleh kaum positivistik. Masyarakat pada dasarnya berada dalam kondisi tanpa sistem atau asimetris yang disebutnya dengan *social melee*; dan hukum adalah bagian dari kondisi masyarakat tersebut, sehingga hukum niscaya juga berada dalam kondisi *melee* tersebut atau *legal melee*.

Hukum sejatinya adalah penuh dengan ketidak pastian; sehingga apa yang dipermukaan tampak sebagai tertib dan teratur, jelas dan pasti, sebenarnya penuh ketidakpastian. Maka teori hukum tidak perlu berupa teori tentang sistem hukum (*theories of legal system*), melainkan teori tentang ketidakteraturan hukum (*theories of legal disorder*) Di dalam situasi/hubungan yang asimetris itu, *chaos* bukanlah sesuatu yang harus ditakuti, atau sesuatu yang harus dihindari, atau sebagai sesuatu yang harus dilawan dengan antipati, tetapi di dalamnya ada (semacam) kemungkinan atau peluang yang dapat dikembangkan, apabila dapat mengambil hikmah/memahami dari situasi *chaos* tersebut (*the sense of chaos*). Tugas

para filosof dan ilmuwan adalah menangkap pesan, peluang dari kemungkinan baru yang muncul dari situasi yang *chaos* atau *melee* tersebut. Dari sebuah situasi yang *chaos* akan dihasilkan sebuah aransemen yang indah berupa hukum baru yang memberikan solusi.

Hukum Progresif menekankan pada cara berperilaku hukum yang membawa keadilan walaupun dalam substansi hukum yang buruk sekalipun. Dalam sebuah sistem hukum (*legal system*) adalah merupakan satu kesatuan hukum yang tersusun dari tiga unsur, yaitu: (1) Struktur Hukum; (2) Substansi Hukum; (3) Kultur Hukum¹⁵.

Berdasarkan pendapat tersebut, jika kita berbicara tentang sistem hukum, maka ketiga unsur tersebut, baik secara bersama-sama atau secara sendiri-sendiri, tidak mungkin kita kesampingkan. Struktur adalah keseluruhan institusi penegakan hukum, beserta aparatnya. Jadi mencakupi kepolisian dengan para polisinya; Kejaksaan dengan para jaksanya; kantor-kantor pengacara dengan para pengacaranya, dan pengadilan dengan para hakimnya. Substansi adalah keseluruhan asas-hukum, norma hukum dan aturan hukum, baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis, termasuk putusan pengadilan. Kultur hukum adalah kebiasaan-kebiasaan, opini-opini, cara berpikir dan cara bertindak, baik dari para penegak hukum maupun dari warga masyarakat. Pentingnya budaya hukum untuk mendukung adanya sistem hukum, dimana Substansi dan Aparatur saja tidak cukup untuk

¹⁵ Lawrence M. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective*, New York: Russell Sage Foundation, 1975

berjalannya sistem hukum. Menurut Friedmann¹⁶ sistem hukum diumpamakan sebagai suatu pabrik , jika Substansi itu adalah produk yang dihasilkan, dan Aparatur adalah mesin yang menghasilkan produk, sedangkan Budaya Hukum adalah manusia yang tahu kapan mematikan dan menghidupkan mesin, dan yang tahu memproduksi barang apa yang dikehendakinya.

Aturan hukum bukanlah poros sebuah keputusan yang berbobot. Aturan tidak bisa diandalkan menjawab dunia kehidupan yang begitu kompleks. Kebenaran riil bukan terletak dalam undang-undang, tapi pada kenyataan hidup. Inilah titik tolak teori tentang kebebasan hakim yang diusung oleh Oliver Holmes dan Jerome Franklin¹⁷ (eksponen realisme hukum Amerika). Hukum yang termuat dalam aturan-aturan, hanya suatu generalisasi mengenai dunia ideal. Tapi menurut Holmes seorang pelaksana hukum (hakim), sesungguhnya menghadapi gejala-gejala hidup secara realistis. Dia berhadapan dengan kebenaran-kebenaran diluar aturan formal. Dalam hal inilah ia harus “memenangkan” kebenaran yang menurutnya lebih unggul meskipun dengan resiko harus mematahkan atau mengalahkan aturan resmi.

Aturan hukum di mata Holmes hanya menjadi salah satu faktor yang patut dipertimbangkan dalam sebuah keputusan yang berbobot. Jadi bukan

¹⁶ Ibid

¹⁷ Bernard L.Tanya, Yoan N.Simanjuntak, Markus Y.Hage; Teori Hukum : Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi; Yogyakarta; Genta Publishing; 2010; hal 166-168

sebuah pantangan jika demi putusan yang fungsional dan kontekstual aturan resmi terpaksa disingkirkan (lebih-lebih jika menggunakan aturan itu justru berakibat buruk). Mengikuti jejak Holmes, Jerome Frank memiliki pandangan yang sama. Menurutnya, kebenaran tidak bisa disamakan dengan aturan hukum. Seorang hakim dapat mengambil keputusan lain di luar skenario aturan, yang dari sisi keutamaan jauh lebih baik dari aturan. Kaidah hukum yang berlaku memang mempengaruhi putusan seorang hakim. Tapi itu hanya salah satu unsur pertimbangan saja. Di samping itu, prasangka politik, ekonomi dan moral ikut menentukan putusan hakim. Bahkan pula simpati dan antipati pribadi berperan dalam putusan tersebut.

F. Metode Penelitian

1. Subjek dan Objek Penelitian

Subjek dalam penelitian ini adalah para penegak hukum (Polisi, Jaksa, Hakim, Advokat) secara umum dan terutama para Hakim secara khusus, sedangkan objek dalam penelitian ini adalah pemikiran hukum dari berbagai mazhab (aliran) hukum yang ada. Model konsep yang terkandung di dalam pemikiran hukum tersebut, memiliki sifat-sifat khusus (asas-asas) sebagai sebuah karakter pembentuk. Melalui pendalaman pemahaman terhadap karakter tersebut dapat ditangkap makna dan cara berhukum yang diusung pemikiran/mazhab hukum tersebut.

2. Jenis Penelitian

Penelitian ini tergolong dalam penelitian Normatif/Doktrinal/Dogmatis atau yang sering disebut penelitian kepustakaan. Penelitian yang mengkaji studi dokumen ini menggunakan berbagai data sekunder seperti teori hukum dan pendapat para sarjana. Berdasarkan jenis dan sumber data yang akan menjadi objek dalam penelitian ini, maka secara keseluruhan penelitian ini dilakukan di dalam kepustakaan.

3. Metode Pendekatan

Pendekatan yang digunakan dalam penelitian adalah pendekatan filsafat. Dengan sifat filsafat yang menyeluruh, mendasar, dan spekulatif, akan digunakan untuk mengupas secara mendalam (radikal) isu hukum (*legal issue*) dalam penelitian ini. Pendekatan filsafat dalam penelitian ini meliputi kajian ontologis (ajaran tentang hakikat), aksiologis (ajaran tentang nilai), epistemologis (ajaran tentang pengetahuan) dari pemikiran hukum yang menjadi objek dalam penelitian ini.

4. Sumber Data

Sumber data dalam penelitian ini adalah berupa data sekunder yang mencakup bahan hukum primer seperti teori hukum dan pendapat para sarjana hukum, hasil-hasil penelitian para ahli hukum, hasil karya (*teksbook*), sejumlah disertasi, pidato pengukuhan guru besar, artikel,

jurnal, makalah khususnya di bidang perkembangan pemikiran hukum yang bersumber dari kepustakaan.

5. Teknik Analisis Data

Penelitian jenis normatif ini menggunakan analisis kualitatif yakni dengan menjelaskan data-data sekunder yang bersumber dari kepustakaan dengan kata-kata atau pernyataan.

Teknik analisis data dimulai dengan mengkaji karakter-karakter yang mempengaruhi dari pemikiran paradigma terdahulu; yang menjadi embrio dari paradigma positivisme. Setelah mempelajari konsep yang diusung mazhab tersebut, maka dengan melihat karakter yang mempengaruhinya dapat kita simpulkan apa yang menjadi kekacauan konstruksi epistemologis mazhab tersebut. Selanjutnya sebagai tawaran mengenai konsep hukum ideal berbasis progresif harus dilihat dari kristalisasi dari pemikiran hukum progresif itu sendiri.

Berangkat dari teori mengenai pergeseran teori hukum dan paradigma holistik, dipergunakan untuk mendalami apa yang menjadi “roh” hukum progresif dari karakter dan konsep berbagai mazhab yang mempengaruhinya. Dari situ kemudian penulis mengkonstruksikan antara bentuk kekacauan yang ditimbulkan dari pemikiran legal positivistik dengan konsep pemikiran hukum progresif sehingga dapat disimpulkan suatu bentuk hukum ideal berbasis progresif sebagai usaha pencerahan dan pembebasan cara ber hukum kita untuk keluar dari kegoncangan-

kegoncangan yang ditimbulkan dari penjara formalisme positivisme. Penelitian demikian diharapkan menghasilkan sebuah laporan deskriptif tentang kajian hukum yang menawarkan sebuah formulasi hukum baru atau sebuah model hukum baru untuk mengganti atau memperbaiki konsep hukum sebelumnya agar pelaksanaan dan penegakan hukum di Indonesia dapat lebih memberikan keadilan dan kebahagiaan.¹⁸

¹⁸ Ade Saptomo, *Pokok-pokok Metodologi Penelitian Hukum Empiris Murni*, Jakarta : Trisakti, 2009, hal.36-37